

Editorial

Estrategias y lecciones ante la injusticia de La Haya

Strategies and Lessons on Hague's Unfair Verdict

JUAN DAVID GARCÍA VIDAL*

El debate sobre la sentencia del pasado 19 de noviembre de 2012, proferida por la Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, en el litigio sobre delimitación marítima y territorial entre Nicaragua y Colombia, tiene interés por varias razones. En primer lugar, porque el Gobierno colombiano ha manifestado que no aplicará el fallo “hasta garantizar que los derechos de los colombianos estén bien defendidos”, ante la pérdida de alrededor de 80 mil kilómetros cuadrados de invaluable áreas marinas y submarinas. En segundo lugar, porque este caso puede aportar enseñanzas y servir de estímulo para empezar a corregir las persistentes fallas de la política internacional de Colombia.

Si bien la decisión de la Corte no fue tan contraria a las pretensiones e intereses de Colombia como lo pedía Nicaragua en la demanda que presentó en 2001, la verdad es que se trata de una deplorable sentencia con una escasa argumentación jurídica, llena de contradicciones y basada en las etéreas, manipulables, arbitrarias y subjetivas consideraciones de “equidad” y “proporcionalidad” para trazar una nueva línea fronteriza entre Colombia y Nicaragua. Un claro ejemplo de la pobre y muy discutible argumentación jurídica de la Corte en esta decisión, tiene que ver con la aplicación de la Convención del Mar de 1982 (de la cual Colombia no es parte) por la vía de la costumbre, sin detenerse a explicar ni a analizar los

* Magíster en Asuntos Internacionales de la Universidad Externado de Colombia, en convenio con la Universidad de Columbia en Nueva York y Sciences Po de París. Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín. Se desempeña como asesor jurídico y como profesor de la Universidad EAFIT, en las áreas de Derecho Internacional, Derecho Comercial Internacional y Geopolítica. Medellín-Colombia. Correo electrónico: juandagar@gmail.com

elementos objetivos (práctica) y subjetivos (conciencia de obligatoriedad u *opinio juris*) por parte de Colombia porque desconoce el principio de Derecho Internacional según el cual “un tratado o convención no crea obligaciones ni derechos para un tercer Estado sin su consentimiento (explícito o implícito)”.

Además, resulta sorprendente que la Corte le reconociera soberanía a Colombia sobre los territorios del archipiélago de San Andrés únicamente por razones de *effectivité* (el ejercicio efectivo de actos soberanos de administración sobre tales territorios), pero esas mismas razones no fueron tenidas en cuenta por la misma Corte para efectos de trazar los límites marítimos, lo que demuestra la selectividad y la arbitrariedad de sus razonamientos en este caso. La Corte tampoco explicó con qué criterios jurídicos desconoció el *uti possidetis juris*, en virtud del cual Colombia ejercía soberanía pública, pacífica e ininterrumpida desde hace más de 180 años en las áreas terrestres y marinas del archipiélago de San Andrés, sin que hubieran actos equivalentes de soberanía por parte de Nicaragua.

Por si fuera poco, la Corte pudo haber incurrido en una extralimitación en sus competencias porque decidió sobre una materia que ya había sido definida por el tratado Esguerra-Bárcenas de 1928, mediante el cual Colombia cedió a Nicaragua su histórica soberanía sobre la costa Mosquitos y las islas Mangle grande y Mangle chico, al tiempo que Nicaragua reconoció la soberanía de Colombia sobre el archipiélago de San Andrés, con todo lo que éste comprende. Resulta preocupante que la Corte desconociera que dicho tratado fue completado por el “acta de canje de ratificaciones” de 1930, que estableció el meridiano 82 de Greenwich como el límite del archipiélago de San Andrés, con lo que dicho meridiano quedó acordado, por Colombia y Nicaragua, como un límite marítimo intangible y definitivo. Aún así, la Corte definió que dicho protocolo o adición no es un tratado de límites por no tener una demarcación detallada y basada en accidentes geográficos, como ellos prefieren.

La reacción del Gobierno colombiano demuestra la falta de previsión y de profesionalismo de nuestro servicio exterior. Una de sus primeras decisiones fue retirar a Colombia del Pacto de Bogotá de 1948. Al respecto hay que precisar varias cuestiones. Una cosa es ser Estado parte del estatuto o tratado de la CIJ, como sucede con todos los Estados miembros de la ONU, según lo dispone el artículo 93 de la Carta de las Naciones Unidas y otra cosa distinta es la manifestación de la voluntad de someterse a la jurisdicción de la CIJ por parte de uno o varios Estados. Con la denuncia del Pacto de Bogotá Colombia retira el reconocimiento *a priori* de la competencia general allí consagrada, pero sigue siendo Estado parte

del estatuto de la CIJ, porque es Estado miembro de la ONU. Así, para dejar de ser parte de la CIJ, habría que retirarse de la ONU.

Según el artículo 56 del Pacto de Bogotá, la denuncia a este tratado debe realizarse “mediante aviso anticipado de un año transcurrido, el cual cesará en sus efectos para el denunciante”. Por lo tanto, la Corte Internacional de Justicia sigue teniendo plena competencia para conocer demandas contra Colombia hasta dentro de un año. Esto podría hacer que Nicaragua acelere la presentación de una nueva demanda contra Colombia para pedir las 200 millas de plataforma continental.

Existen varias vías para otorgarle competencia jurisdiccional a la Corte: primero, está la cláusula facultativa, contemplada en el mismo estatuto, según la cual, “los estados partes podrán declarar, en cualquier momento, que reconocen como obligatoria, *ipso facto* y sin convenio especial... la jurisdicción de la Corte”. Colombia retiró esta declaración unilateral en 2002 ante la demanda de Nicaragua. En segundo lugar, está la vía *a posteriori*, que es cuando los Estados deciden someter a la Corte a una controversia que ya ha surgido entre ellas. Una tercera alternativa es la vía *a priori*, que se concreta mediante una cláusula compromisoria en un tratado, como el Pacto de Bogotá y muchos otros sobre asuntos específicos. Por último, hay un cuarto camino para reconocer la jurisdicción de la Corte, que puede ser a través de una manifestación tácita e informal que se desprende de la conducta concluyente de un Estado, como contestar la demanda de otro Estado o realizar actos procesales diferentes a la excepción de incompetencia de la Corte.

En consecuencia, la denuncia del Pacto de Bogotá es válida y sólo tendrá efectos en un año. Es jurídicamente inocua en relación con el fallo del 19 de noviembre y respecto de posibles demandas presentadas en el plazo de un año. Después de cumplido ese período, la CIJ dejará de tener competencia respecto a asuntos limítrofes de Colombia en el futuro. Sin embargo, Colombia hace parte de más de 20 tratados que reconocen la jurisdicción de la CIJ en temas específicos como medio ambiente y biodiversidad.

¿Qué más podría hacer el Gobierno colombiano ante una decisión, obligatoria, definitiva, vinculante e inapelable, de la más alta autoridad judicial de las Naciones Unidas? Hay que tener claro que, políticamente, ninguna opción está exenta de perjuicios para Colombia. Seguramente, el Gobierno colombiano está evaluando los costos y los riesgos, así como las ventajas y las desventajas de cada una de las alternativas.

¿No acatar la sentencia? Esta posición, muy popular en Colombia y mezclada con sentimientos nacionalistas, se sustenta en discutibles argumentos jurídicos, políticos y estratégicos. Desde el punto de vista jurídico los defensores de esta línea de acción sostienen que el fallo es nulo porque la Corte se extralimitó en sus funciones al decidir sobre una demarcación limítrofe que ya estaba definida en el Tratado Esguerra-Bárcenas. Además, algunos dicen que el desacato, con razones jurídicas, por parte de varios países a fallos de la Corte puede estar configurando una norma de costumbre internacional *in statu nascendi* (en gestación), toda vez que en el Derecho Internacional los Estados lograrían, eventualmente, cambiar las normas internacionales por la vía de la costumbre *contra legem*, también llamada costumbre contraria a la ley o derogatoria.

Al mismo tiempo, sostienen que no acatar el fallo de la CIJ es el mal menor frente a la catástrofe económica, social y territorial que implicaría para los colombianos, particularmente para los pescadores de San Andrés, perder alrededor del 10% de sus zonas marinas y submarinas en el Caribe. También hay quienes dicen que acatar el fallo abriría el camino para que Nicaragua y otros países reclamen la plataforma continental extendida, encogiendo aún más los dominios colombianos en el Caribe.

Ahora bien, quienes defienden esta posición tienen razón cuando critican los yerros jurídicos de la sentencia de la Corte, pero olvidan que por tratarse de un fallo de única instancia, no existe otra autoridad para que declare válidamente la nulidad de la sentencia. En consecuencia, jurídicamente no queda más remedio que acatar el fallo. De lo contrario, Colombia estaría violando la Carta de las Naciones Unidas en su artículo 94 en el que establece que “cada miembro de las Naciones Unidas se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte...” y se vería ante la posibilidad de enfrentar las consecuencias consagradas en el numeral 2 del artículo 94, según el cual “si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá... dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo”.

Es cierto que Colombia podría negociar un veto en el Consejo de Seguridad con Estados Unidos o con otros miembros permanentes de ese organismo para impedir las medidas o sanciones que la ONU llegue a imponer, pero esa ayuda no sería gratuita e implicaría un enorme desgaste diplomático y económico, con nefastas consecuencias tanto para el prestigio y la credibilidad internacional de Colombia como para su interés de solucionar sus futuras diferencias internacionales por medios pacíficos. Los costos de ser un paria internacional y de actuar

como un Estado delincuente, son más elevados que los que se derivan de cumplir la injusta sentencia de marras.

¿Qué otra salida jurídica le queda a Colombia? Está el recurso extraordinario de revisión que prevé el Estatuto de la Corte, pero éste solo es procedente “cuando la solicitud se funde en el descubrimiento de un hecho de tal naturaleza que actúe como factor decisivo y que, al pronunciarse el fallo, fuera desconocido de la Corte y de la parte que pida la revisión, siempre que su desconocimiento no se deba a negligencia”. Este escenario es tan complejo que resulta poco probable en la práctica.

No obstante, también cabe la alternativa de negociar un nuevo tratado de fronteras con Nicaragua. Para lograrlo, Colombia tendría que seguir una estrategia similar a la que implementó Islandia con el Reino Unido en el fallo de la CIJ de 1974 sobre delimitación marítima entre ambos Estados. Islandia se negó a cumplir el fallo, pero alcanzó un acuerdo posterior con los británicos. Así, Colombia estaría en condiciones de anunciar un desacato estratégico del fallo y, al mismo tiempo, ofrecerle a Nicaragua un nuevo tratado de fronteras marítimas que le permita a Colombia mantener parte de sus actuales posesiones y le ceda a Nicaragua gran parte de lo que le entregó la Corte en este fallo. Los nicaragüenses bien preferirían un buen arreglo definitivo con Colombia, que un reclamo eterno ante un país más poderoso. Esta arriesgada estrategia implicaría una violación al Derecho Internacional (desacatar el fallo), pero plantea una salida pacífica y legal en la que los intereses colombianos no resultarían tan perjudicados. Sin embargo, esta solución dependería de la buena disposición y la razonabilidad del gobierno de Nicaragua, precisamente de lo que más carece el actual régimen de Daniel Ortega.

Por lo tanto, el gobierno de Santos, que seguramente dispone de más y mejor información que nosotros, debe hacer un cálculo de costo-beneficio para determinar cuál es el mal menor para los intereses de Colombia. Pero el peor escenario es continuar con la actual ambigüedad e indecisión. También hay que aprovechar esta coyuntura para que, de una vez por todas, el Estado colombiano le imprima seriedad, profesionalismo, estrategia y coherencia a su política internacional y a su defensa jurídica ante tribunales internacionales.

Apegados al Derecho Internacional el escenario menos perjudicial para Colombia es acatar la sentencia. Los gobernantes colombianos cometieron el error de aceptar la jurisdicción de la Corte, comparecer a sus audiencias, litigar y participar activamente en el procedimiento a lo largo de once años. Por lo tanto, aunque no nos guste, hay que asumir las amargas consecuencias de nuestros errores y aprender la lección.